



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.720039/2020-32
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1301-006.692 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de outubro de 2023
Recorrente BTG PACTUAL SERVICOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)
Ano-calendário: 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES (FIP). GANHOS DA LIQUIDAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

A instituição financeira cotista de Fundo de Investimento em Participações (FIP) não se submete à sistemática de retenção na fonte prevista no art. 2º da Lei nº 11.312/2006 na liquidação do fundo, em função da previsão legal do art. 77, I e III, da Lei nº 8.981/1995.

AUSÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE POR CONTA DO ART. 77 DA LEI Nº 8.981/1995. INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO.

Não há isenção na hipótese de não submissão das instituições financeiras à sistemática de retenção na fonte prevista no Capítulo VI da Lei nº 8.981/1995. Aplicação do art. 77, § 3º, da Lei nº 8.981/1995 que afasta o art. 111, II, do Código Tributário Nacional como método de interpretação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, que negava-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iagaro Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Marcio Avito Ribeiro Faria (suplente convocado(a)), Maria Carolina Maldonado Mendonca Kraljevic, Eduardo Monteiro Cardoso, Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Fl. 2 do Acórdão n.º 1301-006.692 - 1ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 15586.720039/2020-32

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 934/975) interposto em face do acórdão da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil 09 (“DRJ09”) que julgou improcedente a Impugnação apresentada, mantendo integralmente o crédito tributário.

A autuação fiscal mantida pela DRJ09 decorre de suposta infração relativa à falta de retenção e recolhimento de IRRF devido em função de fato gerador de 21/05/2015, sobre ganhos líquidos oriundos da liquidação do “BTG Pactual Saúde Fundo de Investimentos em Participações” (CNPJ/MF n.º 11.675.257/0001-60).

Segundo o Termo de Verificação Fiscal (fls. 614/634), no ano de 2010, o Banco BTG Pactual S.A. (CNPJ/MF n.º 30.306.294/0001-45), por meio do BTG Pactual Saúde Fundo de Investimento em Participações (“BTG Pactual Saúde FIP”), adquiriu debêntures conversíveis em ações da Rede D’Or São Luiz S.A.

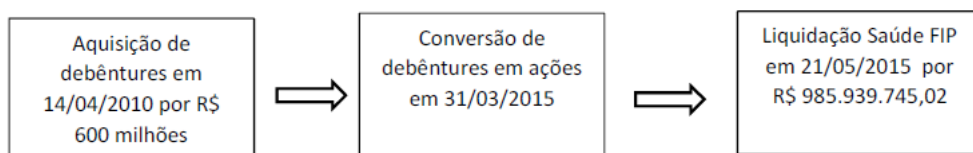
Em 31/03/2015, o BTG Pactual Saúde FIP comunicou a Rede D’Or o exercício de sua opção de conversão em ações das debêntures, no valor de R\$ 600.000.000,00 mediante emissão de 91.633.457 novas ações ordinárias, nominativas e sem valor nominal, representando 21,53% do capital social da Companhia, sendo R\$ 147.664.000,00 registrado como aumento do capital social e R\$ 452.336.000,00 como reserva de ágio na subscrição de ações. Neste momento, o Banco BTG Pactual S.A., por meio do BTG Pactual Saúde FIP, passou a ser sócio efetivo da Companhia.

Em 21/05/2015, ocorreu a liquidação do BTG Pactual Saúde FIP, com a conversão das cotas do fundo de investimento em participações em ações aos cotistas, entre eles o Banco BTG. A ata da assembleia de encerramento do FIP definiu o seguinte:

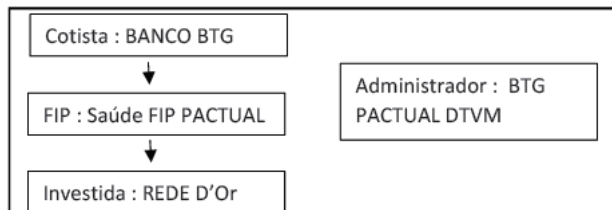
"a liquidação do Fundo, (...) através do resgate total das quotas do Fundo, a ser pago através da entrega da totalidade dos ativos detidos pelo Fundo aos seus quotistas, proporcionalmente à participação dos mesmos no Fundo".

Com a referida entrega dos ativos do FIP, o Banco BTG passou a ser sócio da Rede D’Or São Luiz.

As operações feitas foram sintetizadas pela Fiscalização da seguinte forma:



Neste ponto, é importante destacar que o Recorrente (“BTG Pactual DTVM”) era o administrador do BTG Pactual Saúde FIP:



Por conta disso, o Recorrente foi intimado pela Fiscalização, em ação fiscal, a apresentar, entre outros elementos, o seguinte:

e) Em relação aos rendimentos auferidos no resgate de cotas decorrente da liquidação do fundo, apresentar demonstrativo com a data do fato gerador; a base de cálculo; o valor do Imposto de Renda Retido na Fonte devido; e o DARF efetivamente recolhido, tanto para cotistas residentes quanto para não residentes. Caso não tenha sido recolhido o imposto sobre eventuais rendimentos, esclarecer o motivo.

O Recorrente apresentou a seguinte resposta com relação a esse ponto:

2. Esclarece que os únicos cotistas do BTG Pactual Saúde FIP, quando da sua liquidação, eram o Banco BTG Pactual S/A e o FIQ de FIM Crédito Privado Santa Alice e, portanto, não houve a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte, nos termos do artigo 77, inciso I, da Lei nº 8.981/95 e artigo 14, inciso I, da Instrução Normativa nº 1.585/15.

Neste ponto, vale destacar que, no momento da liquidação, eram cotistas do BTG Saúde FIP apenas o Banco BTG Pactual S/A (CNPJ/MF nº 30.306.294/0001-45) e o FIP Santalice Multi (CNPJ/MF nº 13.094.664/0001-09). A autuação, contudo, abrange tão somente os ganhos obtidos pelo Banco BTG.

A partir dessa justificativa, a Fiscalização passa a sustentar que não seria o caso de aplicação das referidas regras indicadas pelo contribuinte. Isso porque, em síntese:

- (i) Não seria o caso de aplicação do art. 77 da Lei nº 8.981/1995, mas sim de enquadramento no art. 2º da Lei nº 11.312/2006, conforme interpretação sistemática da legislação. Isso porque o art. 77 da Lei nº 8.981/1995 faria referência expressa no sentido de ser exceção tão somente ao regime de tributação previsto no capítulo em que incluído (Capítulo VI – “Da Tributação das Operações Financeiras”). Além disso, o art. 2º da Lei nº 11.312/2006 se aplicaria em função do princípio da especialidade, pois é bem mais específico, regulamentando a tributação no resgate das cotas dos Fundos de Investimento em Participações.
- (ii) a IN nº 1.585/2015 não estaria vigente na época dos fatos, sendo que a sua correspondente (IN nº 1.022/2010) excluiria expressamente os Fundos de Investimento em Participações da abrangência da isenção prevista no seu art. 14, conforme interpretação conjunta com seu art. 2º. Ainda, a IN nº 1.022/2010, no seu art. 25, estabelece a tributação pelo IRRF no resgate de cotas, inclusive em liquidação, de Fundo de Investimento em Participações.

Definida a tributação, a Fiscalização sustenta que o Recorrente seria o responsável pela retenção e recolhimento do IRRF referente ao ganho obtido pelo Banco BTG Pactual S/A, conforme Parecer Normativo n.º 1/2002, pois se trata de hipótese de retenção exclusiva na fonte, com responsabilidade da fonte pagadora:

Retenção exclusiva na fonte

8. Na retenção exclusiva na fonte, o imposto devido é retido pela fonte pagadora que entrega o valor já líquido ao beneficiário.

9. Nesse regime, a fonte pagadora substitui o contribuinte desde logo, no momento em que surge a obrigação tributária. A sujeição passiva é exclusiva da fonte pagadora, embora quem arque economicamente com o ônus do imposto seja o contribuinte.

10. Ressalvada a hipótese prevista nos parágrafos 18 a 22, **a responsabilidade exclusiva da fonte pagadora subsiste, ainda que ela não tenha retido o imposto.** (destaque no original)

A respeito da base de cálculo, a Fiscalização entendeu que, conforme art. 2º da Lei n.º 11.312/2006, esta seria a diferença entre o valor da cota na aquisição e na alienação ou liquidação do fundo.

Conforme informações prestadas pelo próprio contribuinte, o valor da aquisição seria de R\$ 600.030.000,00, enquanto o da liquidação seria de R\$ 985.978.846,84. Assim, foi apurado ganho líquido de R\$ 385.948.846,84, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 15% para apuração do tributo devido.

Inconformado, o Recorrente apresentou Impugnação (fls. 645/675), que foi rejeitada pela DRJ09, por meio de acórdão (fls. 903/925) ementado da seguinte forma:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Ano-calendário: 2015

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. GANHOS NA LIQUIDAÇÃO. TRIBUTAÇÃO. PREVISÃO LEGAL.

Os rendimentos auferidos em decorrência da liquidação de Fundo de Investimento em Participações ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas, conforme o art. 2º da Lei n.º 11.312/2006.

FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES. GANHOS NA LIQUIDAÇÃO. TRIBUTAÇÃO EXCLUSIVA NA FONTE.

O imposto de renda previsto no art. 2º da Lei n.º 11.312/2006 deve ser retido na fonte de forma exclusiva, conforme o parágrafo único do art. 785 do Decreto n.º 3.000/1999.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Ano-calendário: 2015

INTERPRETAÇÃO LITERAL.

Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre exceção na determinação de um fato gerador tributário (isenção), conforme previsão do artigo 111 do CTN.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2015

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO.

Nos termos do que dispõe o Processo Administrativo Fiscal, a juntada de documentos deverá ser feita por ocasião da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em momento posterior, salvo nos casos expressamente previstos no PAF.

Impugnação Improcedente
Crédito Tributário Mantido

Em face do referido acórdão, o Recorrente interpôs este Recurso Voluntário (fls. 934/975), alegando, em síntese, o seguinte:

(i) a r. decisão recorrida, assim como a D. Fiscalização, se equivocam em relação a uma série de aspectos fáticos e jurídicos neste caso. Primeiramente, sem qualquer fundamento jurídico ou indicação do legislador federal nesse sentido, houve a tentativa de restringir a aplicação do artigo 77 da Lei nº 8.981/1995 pelo simples fato desse dispositivo não mencionar expressamente os FIPs;

(ii) contudo, está claro, tanto pela análise da redação do artigo 77 da Lei nº 8.981/95, de outros dispositivos da legislação federal (tal como o artigo 4º da Lei nº 11.033/04) e das Instruções Normativas emitidas pela Receita Federal para disciplinar a matéria (IN nº 1.022/10 e IN nº 1.585/15), que é dispensada a retenção do IRF sobre os rendimentos auferidos em TODAS as operações de renda fixa e renda variável de titularidade de instituições financeiras, incluídos as operações com todos os fundos de investimento, como no presente caso;

(iii) é inadequada a tentativa da r. decisão recorrida de aplicar o princípio da especialidade ao caso concreto, uma vez que o artigo 77 da Lei nº 8.981/95 é intencionalmente abrangente, o que não se confunde com generalidade, não podendo, portanto, prevalecer a regra geral de tributação de FIP sobre essa regra de isenção;

(iv) ainda que se entenda por aplicável o princípio da especialidade, considerando que (a) os FIPs são entidades não tributáveis e (b) que os esforços de tributação dos rendimentos e ganhos líquidos estão centrados nos cotistas (contribuintes do imposto sobre a renda), a aplicação do princípio da especialidade deve ocorrer sob a ótica do cotista. Nesse caso, sendo o artigo 77 da Lei nº 8.981/95 norma aplicável apenas a uma categoria específica de cotistas (instituições financeiras), essa deve prevalecer sobre a regra de tributação de FIPs, que estabelece regras gerais de tributação aplicáveis genericamente às pessoas jurídicas; e

(v) ademais, r. decisão recorrida defende de forma equivocada a impossibilidade de equiparação do investimento no FIP Saúde à participação societária, já que, ao invés de examinar detidamente as explicações trazidas pela Recorrente para demonstrar que, de fato, a intenção do Banco BTG ao investir no FIP Saúde era poder investir na Rede D'Or, argumenta que o artigo 77 inciso IV da Lei nº 8.981/1995 concederia uma ISENÇÃO aos contribuintes, dispensando a tributação pelo IRPJ dos rendimentos auferidos com a venda de participações societárias registradas no ativo permanente – o que é totalmente equivocado, haja vista que eventuais ganhos auferidos na venda de participações societárias registradas no ativo permanente estão regularmente sujeitos ao IRPJ (apesar de não estarem sujeitos à retenção na fonte);

(vi) ainda, r. decisão recorrida tentou deslegitimar a dispensa de retenção do IRF de instituições financeiras trazida pelo MAFON 2015 (Código 6800 – “Fundos de Investimento em Quotas de Fundos de Investimento”), sob o argumento de que referida previsão seria aplicável apenas aos “fundos de investimento” – mas não aos “Fundos de Investimento em Participações”, devendo ser supostamente aplicadas as previsões referentes ao código 5286 do MAFON (“Aplicações em Fundo ou Entidades de Investimento Coletivo, Aplicações em Carteira de Valores Mobiliários, Aplicações Financeiras nos Mercados de Renda Fixa ou Renda Variável”). No entanto, referido código é aplicável apenas aos INVESTIDORES NÃO-RESIDENTES, que não é o caso

do Banco BTG, instituição financeira inequivocamente constituída e domiciliada no Brasil.

(vii) como decorrência da aplicação do código 5286 do MAFON, a r. decisão recorrida concluiu equivocadamente que o IRF incidiria sobre os ganhos auferidos pelo Banco BTG à alíquota de 15%, bem como que o regime de tributação seria EXCLUSIVA NA FONTE. Ora, admitir como válida a possibilidade de o IRF incidir de forma exclusiva no caso concreto levaria à conclusão de que o contribuinte (Banco BTG), e não o Fisco, é credor de imposto. Isso se deve ao fato de que o Banco BTG recolheu IRPJ à alíquota de 25% sobre tais valores, sendo que a tributação exclusiva de fonte sugerida pela r. decisão recorrida resultaria em uma carga fiscal definitiva do imposto de renda de apenas 15%! Haveria, portanto, um INDEBITO passível de recuperação pelo Banco BTG (assim como por todos os outros players da indústria de fundos de investimento);

(viii) ainda que se entenda ser devida a retenção do IRF pela Recorrente, o que se admite exclusivamente para fins de argumentação, trata-se de hipótese de antecipação do IRPJ devido ao final do exercício fiscal pelo contribuinte, de modo que, tendo o Banco BTG regularmente realizado o recolhimento do IRPJ ao final de 2015, só seria autorizado à D. Fiscalização proceder com a cobrança de multa de ofício e juros de mora, sendo vedada a cobrança do principal, conforme PN COSIT n.º 1/02. (fls. 973/975)

Com base nesses argumentos, sustentou que o v. acórdão da DRJ deveria ser integralmente reformado, com o cancelamento integral da exigência. Em caso de aplicação de “voto de qualidade”, o Recorrente requereu a aplicação do art. 24 da LINDB, arts. 100, parágrafo único, e 112, ambos do CTN, e do art. 28 da Lei n.º 13.988/2020.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo Monteiro Cardoso, Relator.

O Recorrente foi intimado do acórdão recorrido no dia 03/11/2020 (fls. 930), tendo interposto seu Recurso Voluntário em 24/11/2020 (fls. 933), por procurador devidamente habilitado. Assim, presentes os pressupostos formais, conheço o recurso.

A controvérsia diz respeito à incidência do IRRF na liquidação do BTG Pactual Saúde FIP, do qual era administrador o Recorrente, com relação aos ganhos obtidos pelo Banco BTG Pactual S/A. Como relatado, houve, na referida liquidação ocorrida em 21/05/2015, conversão das cotas do fundo de investimento em participações em ações aos cotistas, entre eles o Banco BTG Pactual S/A, que apurou ganho líquido nesta operação.

Entendo que a conclusão a respeito da referida tributação depende, em síntese, da análise dos seguintes aspectos: (i) regime tributário aplicável ao FIP e (ii) aplicabilidade ou não da regra prevista no art. 77 da Lei n.º 8.981/95, alegada pelo Recorrente,

É o que passo a fazer a seguir, de forma pormenorizada.

O BTG Pactual Saúde Fundo de Investimento em Participações (“BTG Saúde FIP”) foi constituído sob a forma de condomínio fechado, conforme seu regulamento, submetendo-se à então vigente Instrução CVM 391/2003 (fls. 10):

Artigo 2º - Constituição. O BTG PACTUAL SAÚDE FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES, doravante designado Fundo, é um Fundo de Investimento em Participações, constituído sob a forma de condomínio fechado e consistente em uma comunhão de recursos destinados à realização de investimentos de acordo com a Política de Investimentos abaixo descrita.

Parágrafo 1º - O Fundo é destinado exclusivamente a Investidor(es) Qualificado(s) que esteja(m) disposto(s) a correr os riscos inerentes às atividades do Fundo e que busque(m) um retorno de longo prazo para suas aplicações de forma compatível com a Política de Investimentos.

Parágrafo 2º - O Fundo reger-se-á por este Regulamento, pela Instrução CVM 391 e pelas demais disposições legais aplicáveis.

Destaque-se que, com a Lei nº 13.874/2019 (“Lei da Liberdade Econômica”), referida natureza jurídica foi legalmente reconhecida, concebendo-se o fundo de investimento como “uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza” (art. 1.368-C do Código Civil).

A Instrução CVM nº 391/2003 lhe deu a mesma natureza jurídica, conforme consta no seu art. 2º:

Art. 2º O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração.

Embora já regulamentado pela CVM, o tratamento fiscal específico dos Fundos de Investimento em Participações foi introduzido pela Medida Provisória nº 281/2006, posteriormente convertida na Lei nº 11.312/2006. Conforme consta na exposição de motivos da referida MP, buscou-se (i) atrair capital externo por meio do estabelecimento de alíquota zero para investidor não residente em Fundos de Investimento em Participações – FIP e (ii) reduzir incertezas tributárias com relação aos investidores residentes, com a aplicação da alíquota de 15%. Veja-se:

9. De maneira complementar, propõe-se incentivar o desenvolvimento do segmento de capital de risco (*venture capital*), reduzindo, desde que atendidas certas condições, a "zero" a alíquota de imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos por investidor não residente em Fundos de Investimento em Empresas Emergentes - FIEE, em Fundos de Investimento em Participações - FIP, e em Fundos de Investimento em Cotas de Fundo de Investimento em Participações - FCFIP.

10. É notório que uma das principais barreiras à abertura de novos negócios é a dificuldade dos respectivos empreendedores em acessar o mercado de crédito, seja pela ausência de histórico que prove a capacidade de honrar os compromissos a serem assumidos, seja pela ausência de garantias reais que possam ser executadas em caso de inadimplência.

11. Nas principais economias mundiais, desenvolvidas e emergentes, essa lacuna é preenchida pelo capital de risco (*venture capital*). Tais recursos, geralmente organizados via fundos, são captados junto a investidores qualificados e institucionais para investir em empresas de pequeno porte com idéias inovadoras, na maioria das vezes associadas ao desenvolvimento de tecnologia de ponta, as quais apresentam um forte potencial de crescimento, porém com elevado risco.

12. Neste sentido, pode-se considerar o venture capital um instrumento para o aumento da competitividade do país, que incentiva não só o empreendedorismo, mas principalmente a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias. Trata-se também de um importante instrumento de atração de recursos externos, o que traz consigo o aprimoramento da prática de governança corporativa e gestão empresarial e financeira, com destaque para empresas de pequeno porte e empreendedoras de novas tecnologias, que poderiam se tornar reféns de práticas ineficientes.

13. Enfim, a proposta ora em tela representa uma demanda antiga da indústria de venture capital e tem como objetivo equiparar o rendimento nela auferido pelo investidor não residente ao tratamento que já é conferido a esses nas transações com ações em bolsa.

14. Com o intuito de reduzir incertezas tributárias, é proposto também a definição do tratamento a ser dado aos rendimentos auferidos por investidores residentes nos fundos mencionados no item 9 que passam a ser tributados, obedecidas certas condições, pela alíquota de 15%.

Com o advento da Lei nº 11.312/2006, os FIPs passaram a ter regra específica de tributação, que no caso dos investidores residentes está contida no art. 2º:

Art. 2º Os rendimentos auferidos no resgate de cotas dos Fundos de Investimento em Participações, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento em Participações e Fundos de Investimento em Empresas Emergentes, inclusive quando decorrentes da liquidação do fundo, ficam sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) incidente sobre a diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.

§ 1º Os ganhos auferidos na alienação de cotas de fundos de investimento de que trata o caput deste artigo serão tributados à alíquota de 15% (quinze por cento):

I - como ganho líquido quando auferidos por pessoa física em operações realizadas em bolsa e por pessoa jurídica em operações realizadas dentro ou fora de bolsa;

II - de acordo com as regras aplicáveis aos ganhos de capital na alienação de bens ou direitos de qualquer natureza quando auferidos por pessoa física em operações realizadas fora de bolsa.

§ 2º No caso de amortização de cotas, o imposto incidirá sobre o valor que exceder o respectivo custo de aquisição à alíquota de que trata o caput deste artigo.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se somente aos fundos referidos no caput deste artigo que cumprirem os limites de diversificação e as regras de investimento constantes da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 4º Sem prejuízo da regulamentação estabelecida pela Comissão de Valores Mobiliários, no caso de Fundo de Investimento em Empresas Emergentes e de Fundo de Investimento em Participações, além do disposto no § 3º deste artigo, os fundos deverão ter a carteira composta de, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) de ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição.

§ 5º Ficam sujeitos à tributação do imposto de renda na fonte, às alíquotas previstas nos incisos I a IV do caput do art. 1º da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, os rendimentos auferidos pelo cotista quando da distribuição de valores pelos fundos de que trata o caput deste artigo, em decorrência de inobservância do disposto nos §§ 3º e 4º deste artigo.

Portanto, de acordo com o art. 2º da Lei nº 11.312/2006, a tributação na liquidação de FIP se dá pela alíquota de 15%, aplicada sobre a “diferença positiva entre o valor de resgate e o custo de aquisição das cotas.” Aqui há o benefício relevante do FIP: cumpridas as disposições regulamentares da CVM e a composição mínima de carteira em ações de sociedades anônimas, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, a tributação ocorre tão somente no resgate das cotas, com alíquota de 15% a título de IRRF. Descumpridos esses requisitos, aplica-se o regime geral do art. 1º da Lei nº 11.033/2004, conforme o § 5º do art. 2º transcrito acima, que trata da incidência de IRRF nos rendimentos auferidos em aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável.

O ponto relevante para a situação destes autos é a relação desse dispositivo com a regulamentação anterior envolvendo as operações de renda fixa e de renda variável. É que a tributação das referidas operações estão regulamentadas de forma geral na Lei nº 8.981/1995, que tratou das operações financeiras no seu Capítulo VI, dividido em quatro seções: (i) do Mercado de Renda Fixa, (ii) do Mercado de Renda Variável, (iii) das Disposições Comuns à Tributação das Operações Financeiras e (iv) da Tributação das Operações Financeiras Realizadas por Residentes ou Domiciliados no Exterior.

Segundo a regulamentação das operações feita pela Lei nº 8.981/1995, houve a determinação de retenções na fonte de imposto sobre a renda tanto no caso de aplicações em fundos de renda fixa (art. 66) quanto em fundos de renda variável (art. 73, *caput* e § 3º). Portanto, criou-se sistemática de retenção na fonte nas aplicações dessas naturezas.

Além disso, o art. 76 da Lei nº 8.981/1995 prescreve que o IRRF será (i) deduzido do IRPJ a recolher no encerramento do período, em caso de pessoa jurídica submetida à tributação pelo lucro real ou (ii) definitivo, no caso de pessoa jurídica submetida a outro regime de tributação ou de pessoa física. Portanto, os ganhos obtidos em aplicações feitas em renda fixa ou variável, inclusive por meio de fundos, quando feitas por pessoa jurídica submetida ao lucro real, integram a composição da renda (art. 76, § 2º, da Lei nº 8.981/1995). Esta constatação é relevante porque a DRJ e a Fiscalização trataram o IRRF incidente neste caso como sendo retenção exclusiva na fonte, sem que o rendimento correspondente fosse, portanto, incluído no resultado tributável.

O art. 77 da Lei nº 8.981/1995 instituiu exceção ao regime de tributação previsto em todo o Capítulo, o que abrange as regulamentações das retenções nas operações de renda fixa e variável, inclusive por meio de fundo de investimento, mencionadas acima. Segundo esse dispositivo, este regime não se aplica aos rendimentos e ganhos líquidos obtidos nas seguintes hipóteses:

- (i) em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil (inciso I);
- (ii) nas operações de renda variável realizadas em bolsa, no mercado de balcão organizado, autorizado pelo órgão competente, ou através de fundos de investimento, para a carteira própria das entidades citadas no inciso I (inciso III);

- (iii) na alienação de participações societárias permanentes em sociedades coligadas e controladas, e de participações societárias que permaneceram no ativo da pessoa jurídica até o término do ano-calendário seguinte ao de suas aquisições (inciso IV);
- (iv) em operações de cobertura (hedge) realizadas em bolsa de valores, de mercadoria e de futuros ou no mercado de balcão. (inciso V)

Portanto, tratando-se de instituição financeira, sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil, não é aplicável a regulamentação geral prevista na Lei n.º 8.981/1995 para as operações financeiras, sejam elas de renda fixa ou de renda variável.

Vale destacar, no entanto, que a não aplicação dessa regulamentação não é hipótese de isenção. Isso porque o próprio § 3º do art. 77 prescreve que, nesses casos, os rendimentos e ganhos líquidos deverão compor o lucro real. Portanto, o que a lei prescreve não é a falta de tributação, mas sim a não aplicação da sistemática geral de retenções prevista naquele diploma normativo. Por isso, não concordo com a Fiscalização e com a DRJ, que trataram referido dispositivo como regra de isenção.

Neste ponto, vale citar precedente deste CARF:

A partir de 1º de janeiro de 1995, com o advento da Lei n.º 8.981, de 20.01.95, em seu art. 77, inciso I, ratificado pelo parágrafo 3º do artigo 11, da Lei n.º 9.249, de 26/12/1995, com previsão no art. 19, inciso I, da IN/SRF n.º 72, de 10/09/1997, e da alínea "a", inciso II, do artigo 10, da IN SRF n.º 96 de 26/12/1997, o parágrafo único do art. 5º, da Lei 9.779, de 19 de janeiro de 1999, as aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituições financeiras, sociedade de seguro, de previdência e de capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil, não estão incluídas no campo de incidência do IRRF.

O art. 77, I, da Lei 8981/95, exclui da sistemática geral de tributação de operações financeiras ou ganhos líquidos auferidos por, entre outras, instituição de previdência e capitalização.

No entanto, à **referida exclusão não implica em outorga de isenção, mas na obrigatoriedade das entidades elencadas no art. 77 em tributar esses rendimentos de forma cumulada com os demais rendimentos tributáveis** (§ 3º do mesmo artigo).

Desta forma verifica-se que a não retenção é mera mudança sistemática de apuração do imposto, que, para essas entidades, incorrendo no fato gerador, continua a ser devido. (Acórdão n.º 2202-00.184, Rel. Cons. Antonio Lopo Martinez, Sessão de 30/07/2009)

Feitas essas considerações, cabe analisar, exatamente, se o art. 77 da Lei n.º 8.981/1995 é aplicável ou não aos rendimentos decorrentes dos FIPs.

Segundo a Fiscalização e a DRJ, referido dispositivo não faz menção específica aos Fundos de Investimento em Participações (FIP), tratando apenas das operações gerais. Já o art. 2º da Lei n.º 11.312/2006 regula especificamente os ganhos obtidos por meio de FIP, sendo o caso, portanto, de aplicação do critério da especialidade para que seja feita a retenção mesmo nos casos em que os cotistas sejam as pessoas jurídicas referidas no art. 77 da Lei n.º 8.981/1995.

A respeito da *especialidade*, é importante destacar que se trata de *critério para a solução de antinomias*. Antinomia, por sua vez, de acordo com NORBERTO BOBBIO,¹ significa “o encontro de duas proposições incompatíveis, que não podem ser ambas verdadeiras, e, com referência a um sistema normativo, o encontro de duas normas que não podem ser ambas aplicadas”, razão pela qual a solução será “a eliminação de uma das normas”.

Portanto, a aplicação do critério da especialidade depende de uma conclusão prévia a respeito da compatibilidade ou não dos dispositivos. Somente se forem incompatíveis caberá aplicar a específica em detrimento da geral (*lex specialis derogat generali*). A incompatibilidade, por sua vez, é verificável a partir do que BOBBIO² denominou de “âmbitos de validade” da norma jurídica: temporal, espacial, pessoal e material.

Neste caso, tudo aponta para o fato de que a Fiscalização e a DRJ terem entendido pela existência de uma incompatibilidade *material* entre as regras jurídicas envolvidas: o art. 77 da Lei n.º 8.981/1995 trataria de operações financeiras gerais de renda fixa e variável, enquanto o art. 2º da Lei n.º 11.312/2006 seria aplicável quando essas operações sejam feitas por meio de Fundo de Investimento em Participações. Como as duas estariam no mesmo âmbito material, caberia aplicar o critério para resolver a antinomia.

Na minha visão, porém, cabe avaliar se efetivamente há referida incompatibilidade entre essas regras. É que, como se sabe, é princípio tradicional de hermenêutica a conciliação entre os textos normativos quando possível. Segundo CARLOS MAXIMILIANO,³ “a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida, se considera uma norma conciliável com a outra”. O art. 2º, § 2º, da LINDB confirma essa conclusão: não modifica a lei anterior a lei nova que estabeleça “disposições gerais ou especiais *a par das já existentes*”. Portanto, sempre que possível, deve o intérprete preservar a integridade do ordenamento jurídico, por meio da harmonização entre as disposições.

De minha parte, entendo que não há incompatibilidade entre o art. 77 da Lei n.º 8.981/1995 e o art. 2º da Lei n.º 11.312/2006.

Como mencionado, a Lei n.º 8.981/1995 prescreveu os mecanismos de retenção na fonte de imposto sobre a renda no caso de operações financeiras de renda fixa e de renda variável. Estabeleceu, porém, a exclusão dessa sistemática no caso de investimentos feitos, entre outros, por instituição financeira. Neste caso, o ganho das operações deverá compor o lucro real (art. 77, § 3º, da Lei n.º 8.981/1995).

Essa exclusão faz todo o sentido do posto de vista lógico. Tendo em vista o volume de operações financeiras dessas entidades – cujo objeto é principalmente a captação e destinação de capital – a retenção deixaria de ser um mecanismo de simplificação de arrecadação tributária.

O art. 2º da Lei n.º 11.312/2006, embora tenha tratado do regime fiscal dos FIPs, não fez qualquer menção à necessidade de retenção quando o investidor é instituição financeira.

¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, p. 91.

² BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 10ª ed., 1999, p. 87-88.

³ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 291.

Tratou, tão somente, dos aspectos gerais de tributação desses fundos. Enquanto esta regra tem um âmbito material de validade, o art. 77 da Lei nº 8.981/1995 traz também um âmbito pessoal, a respeito do qual não vejo incompatibilidade entre as regras.

O que o art. 77, I e III, da Lei nº 8.981/1995 faz é excluir as pessoas jurídicas ali referidas do regime de retenção nas operações de renda fixa e variável. O fato dessas operações serem feitas por meio de Fundo de Investimento em Participações não afeta aquela regra, especialmente porque não trouxe qualquer modificação específica nesse sentido.

Noutros termos: aos FIPs é aplicável o regime da Lei nº 11.312/2006, conjugado com as exclusões estabelecidas na Lei nº 8.981/1995, pois referidos diplomas normativos não são contraditórios, mas sim complementares.

Neste ponto, destaco que já se discutiu neste Carf questão semelhante, a respeito da possível revogação tácita do inc. II da Lei nº 8.981/1995 pelo art. 5º da Lei nº 9.779/1999, que tem a seguinte redação:

Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.

Naquela discussão, verificou-se exatamente a suposta incompatibilidade entre os dispositivos, pois o art. 5º da Lei nº 9.779/1999, ao fazer referência à retenção “em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável”, abrangeria as operações feitas pelas pessoas jurídicas referidas no inc. II do art. 77 da Lei nº 8.981/1995. Vale destacar que para as pessoas jurídicas do inc. I do referido dispositivo houve exclusão expressa pelo parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.779/1999.

De todo modo, o ponto relevante é a conclusão no sentido de que tais dispositivos não seriam incompatíveis. Por isso, a vigência do art. 77, II, da Lei nº 8.981/1995 não terminou com a Lei nº 9.779/1999, mas sim com a sua revogação expressa pela Lei nº 10.833/2003. Nesse sentido:

OPERAÇÕES DE MÚTUO. EMPRESAS CONTROLADORAS, CONTROLADAS, COLIGADAS OU INTERLIGADAS. NÃO INCIDÊNCIA REVOGAÇÃO TÁCITA. INEXISTÊNCIA. O art. 77, inciso II, da Lei nº 8.981, de 1995, que previa a não incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos nas operações de mútuo realizadas entre controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, não foi revogado tacitamente pelo art. 5º, da Lei nº 9.779, de 1999, mas tão somente, e de forma expressa, pelo art. 94, inciso III, da Lei nº 10.833, de 2003. (Acórdão nº 1302-005.302, Rel. Cons. Paulo Henrique Silva Figueiredo, Sessão de 17 de março de 2021)

Ou seja, mesmo que haja incompatibilidade das regras no âmbito material, o âmbito pessoal de cada uma não se sobrepôs, de modo que se entendeu pela preservação e harmonização de ambas. Exatamente como se pretende neste caso, *mutatis mutandis*.

Por fim, anoto que, de acordo com as considerações feitas, entendo que não é o caso de aplicação da regra de interpretação restritiva prevista no art. 111, II, do CTN, como feito pela Fiscalização e pela DRJ. Isso porque, como demonstrado, a regra do art. 77 da Lei nº 8.981/1995 não é de isenção, uma vez que o § 3º do mesmo dispositivo prescreve a inclusão do rendimento correspondente no lucro tributável. Trata-se, tão somente, de não aplicação da

sistemática da retenção. Inclusive, a tributação por meio da inclusão dos valores no lucro tributável está sujeita a uma alíquota superior àquela aplicável caso se tratasse de tributação exclusiva na fonte.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário, para cancelar integralmente a autuação fiscal.

(documento assinado digitalmente)

Eduardo Monteiro Cardoso